Princípio da Eficiência e o dinamismo do Direito•

Joycemar Tejo, advogado pós-

graduado em Direito Público

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. PRINCÍPIOS- CONCEITO

3. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

5. EFICIÊNCIA X LEGALIDADE

6. CONCLUSÃO

7. REFERÊNCIAS

RESUMO: no presente trabalho são estudados, levando-se em conta o aspecto dinâmico do Direito, os princípios administrativos, notadamente o da Eficiência, possíveis pontos de atrito com o da Legalidade, e a busca da concórdia entre ambos.

PALAVRAS-CHAVE: direito constitucional - direito administrativo - princípios administrativos - princípio da eficiência

I. INTRODUÇÃO

• Publicado na Revista Síntese de Direito Administrativo nº 59, novembro/ 2010, ISSN 2179-1651. Publicado sob o título “Legal e mais eficiente” na Revista Visão Jurídica nº 37 (2009), da Editora Escala.

O Direito é um organismo vivo, cuja função é regular a vida em sociedade. Daí o vetusto CÍCERO dizer que "*a manutenção da sociedade é o fim de todas as leis*" (2002, p.77), de modo que o Direito existe para a sociedade, e não o contrário.

Ora, as sociedades são dinâmicas. A dialética da História mostra que não há organismo social estagnado no tempo, ao contrário, as relações humanas estão em um profundo processo evolutivo, nascendo a síntese do embate entre a tese e a antítese, convertendo-se a síntese ela própria em tese a ser batida. É por isso que vemos o acerto de ENGELS (1976, p.102), numa fala que tanto se aplica aos fenômenos naturais quanto aos sociais:

> *A vida não é, pois, por si mesma, mais que uma contradição encerrada nas coisas e nos fenômenos, e que se está produzindo e resolvendo incessantemente: ao cessar a contradição, cessa a vida e sobrevém a morte*.

Assim, sendo a sociedade um complexo multipolar de relações, em constante mudança, não se pode pretender que o Direito, cuja função é disciplinar tais relações, seja ele próprio congelado e insensível às inflexões sociais.

Pode ocorrer, portanto, que as formalidade jurídicas sirvam de entrave para a consecução daquilo que chamamos *mens legis*, o espírito da lei, a finalidade da norma, a intenção *efetivamente* buscada pelo Legislador. Assim, o Direito, engessado, não cumpriria sua função precípua, atando-se mais à forma e menos à finalidade, num claro desvio. Buscamos nesse

trabalho estudar tal *contradição* (em tese), encontrando-se o meio da Eficiência assomar maior importância sem, no entanto, desprezar a Legalidade.

2. PRINCÍPIOS- CONCEITO

Princípio, em sua etimologia, é "*o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer*" (CARRAZA: 2006, p.36), ou seja, significa *origem*, *causa primária*, *nascedouro*. Juridicamente falando, considera-se princípio espécie de norma. HUMBERTO ÁVILA (2006, p.72) o define como "norma-do-que-deve-ser", dizendo respeito a um "estado ideal de coisas":

> *Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção* (idem, p. 78-79).

Ou seja, o conceito está ligado à idéia de fim, meta, objetivo a ser alcançado. É uma norma que disciplina não condutas (função que cabe às *regras*, outra espécie de norma de 1° grau, ao lado dos pr incípios, segundo ÁVILA, sendo os *postulados* as metanormas ou normas de 2° grau), mas sim indica fins a serem atingidos pelas condutas reguladas pelas regras.

Com outras palavras, mas essencialmente similar, é a lição de MOREIRA NETO (2006, p.74):

> *Daí definir-se, sinteticamente, o princípio jurídico como norma indicativa, uma vez que sua principal finalidade é apenas a de indicar*

um valor ou fim, que devam ser genericamente alcançados (...)

Com tal embasamento, podemos definir princípios como normas indicativas de fins, expondo os valores que devem ser perseguidos pelo operador do Direito. Têm portanto conteúdo teleológico e axiológico, não podendo, contudo, por si só lograr a consecução da meta que indica, carecendo de outra espécie normativa (*regras*, na terminologia de ÁVILA, como dito) para que se obtenha sua satisfação. BARCELLOS (2002, p.304), a propósito, afirma que um dos diferenciais entre princípios e regras consiste no fato de que aqueles possuem indeterminação relativa dos seus efeitos e variedade de meios para atingi-los. Essa *variedade de meios*, todavia, parece-nos relacionada justamente com o caráter intrínseco dos princípios, qual seja, a necessidade de regra que possa gerar a conduta necessária para que se alcance o "estado ideal de coisas pretendido". Daí entendermos que não é que haja variedade de meios para que os princípios obtenham seus efeitos, *mas sim que meios são necessários para que se obtenha tais efeitos*. Exemplifiquemos: o artigo 5° da Constituição Federa l diz que é garantido aos litigantes em processo administrativo o contraditório e a ampla defesa. É um princípio, sem dúvida, que encontrará expressão por exemplo na lei 9.784/ 99, que trata do processo administrativo federal. Sem a lei, a indicar as *condutas* a serem tomadas para que se alcance *o estado ideal de coisas*, aquele fim indicado será simples miragem no horizonte.

3. PRINCÍPIOS DA ADMINISTAÇÃO PÚBLICA

Uma vez vistas a definição e natureza dos princípios, enquanto modalidade normativa, passaremos aos princípios administrativos em espécie. A Constituição, em seu artigo 37, *caput*, os enumera assim: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A vôo de pássaro, vejamos no que consistem.

A Legalidade diz respeito à vinculação do Administrador à letra da lei, não cabendo espaço para subjetivismo em sua atividade. Ressalva-se aqui o caso do *ato discricionário*, onde há liberdade de aplicação no que tange à oportunidade e conveniência do ato, mas mesmo tal discricionariedade está prevista e sujeita aos limites legais. Do comando desse princípio, a vinculação à lei é tal que, enquanto ao particular é dado fazer não só o que a lei manda como também o que não proíbe, ao agente público só é dado atuar dentro do *comando* legal, apenas quando e se prescrito na lei. Ressaltamos, ainda, o caráter finalístico do princípio (o que leva alguns autores, como JOSÉ AFONSO DA SILVA, a identificá-lo com a Finalidade), pois o fim almejado deve ser aquele previsto em lei.

Impessoalidade tem dois aspectos. Ora diz respeito ao fim (daí ser tomado como sinônimo de Finalidade por alguns, como HELY LOPES MEIRELLES), de modo que o fim almejado pela atividade administrativa deve ser o público (impessoal), jamais o individual (particular); ora diz respeito à própria figura do agente, de modo que quem age não é a *pessoa física* do agente, mas sim o Ente público por trás dele.

A Moralidade é o princípio, por assim dizer, de definição mais *abstrata*. Por meio dele subsumimos que o comportamento da Administração deve ser bom, honesto, probo. Segundo MAURICE HAURIOU

(cit. p. MEIRELLES: 2003, pp.87-88), o agente administrativo deve distinguir o honesto do desonesto, não podendo "*desprezar o elemento ético de sua conduta*". É um princípio sujeito a subjetivismos, portanto.

Publicidade diz respeito à divulgação dos atos públicos, salvo necessidade de sigilo. Aparece, por exemplo, nos artigos 5°, LX, sobre a obrigatoriedade de publicidade dos atos processuais, ressalvada exigibilidade de restrição pela defesa da intimidade ou do interesse social, e no 93, IX, ambos da Constituição, sobre a obrigatoriedade de publicidade de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário. Diz MEIRELLES (idem, p.92) que a publicidade não apenas assegura os efeitos externos dos atos como garante a possibilidade de seu controle pelos interessados.

A Eficiência é o mais noviço dos princípios, acrescentado ao texto constitucional através da emenda n° 19/ 98. Por ser o cerne deste estudo, o examinaremos no capítulo seguinte.

Lembramos ainda que, ao lado desses princípios, *explicitamente* expostos na Constituição (sendo certo que igualmente os há *implícitos*), a Administração rege-se também por outros esparsos pela legislação ordinária, como na já citada lei 9.784/ 99.

4. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Eficiência é fazer mais por menos: o máximo de resultado com o mínimo de dispêndio. É "*a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos*" (MOREIRA NETO: 2006, p.107), com a "*plena satisfação*

dos administrados com os menores custos para a sociedade" (Idem ibidem). Determina que a Administração aja "*de modo rápido e preciso*" (MEDAUAR: 2001, p. 152), contrapondo-se "*a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão*" (Idem ibidem).

Isto é, podemos ver o binômio <u>maior resultado - menor dispêndio</u> como sintetizador do princípio administrativo da eficiência. Não basta, assim, que o resultado da atividade administrativa seja obtido; deve sê-lo da forma mais econômica possível. A economia não basta, por sua vez, se o resultado não for obtido de sua melhor forma.

Tal é a definição do princípio em comento, não havendo necessidade -nos estreitos limites deste trabalho- de maiores considerações. Pedimos, contudo, vênia para expressar uma opinião. Ter como mote, sendo possível, fazer mais por menos, em qualquer atividade humana, é de obviedade hialina. Não é preciso comando legal determinando à Administração ser eficiente: se não o for, na prática, que se adote as medidas adequadas. Ou seja, tornar a eficiência um princípio explícito é pura redundância.

5. EFICIÊNCIA X LEGALIDADE

Chegamos ao cerne de nosso estudo: o momento de confrontação entre os princípios da legalidade e da eficiência. Ora, a Administração deve otimizar sua atuação, gerando o máximo de resultado com o mínimo de esforço; ao mesmo tempo, está estritamente jungida à legalidade,

de modo que não pode se furtar às formas legais dispostas. A dúvida que colocamos é: como proceder, se a legalidade servir de entrave à eficiência?

Ora, fala-se em Administração "de resultado", isto é, segundo LUCIO IANNOTTA (cit. p. ARAGÃO: 2005, p.28), aquela "*obrigada a assegurar com rapidez, eficiência, transparência e economicidade bens e/ou serviços à comunidade e pessoas*". O norte é o desempenho otimizado, como vimos, o mais por menos- não basta fazer, é preciso que faça o máximo com o mínimo de esforço. Nesse diapasão, *parece claro que a lei não se encerra em si mesma, mas sim está vinculada ao objetivo de prestar da melhor forma possível sua função*. A lei não está isolada do contexto em que vige. O momento positivista -no qual se falava em "pureza" do Direito, como se o Direito pudesse ser considerado alheio às formas sociais e econômicas vigentes- já há muito resta superado, despontando diante de nós o pós-positivismo, que como explica BARROSO (2006, p.141) "*busca ir além da legalidade estrita*".

Portanto, não basta ser legal, é preciso que seja eficiente. Ambos os princípios devem estar em harmonia. Diz ÁVILA (op. cit., p.103) que em caso de colisão entre uma regra e um princípio, de mesmo nível hierárquico, obedece-se àquela, dada sua função decisiva, "*ou dito diretamente: descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio*" (idem, p. 104). Não é o caso aqui: falamos do cotejo entre dois princípios, um que determina o apego da atividade à lei e outro que vela pelo eficiente desempenho dessa mesma atividade. Nem é, em verdade, hipótese de contradição; não há antagonismo entre ambos. Se fosse, um ou outro preponderaria "*segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas*" (CRISTÓVAM:

2007, p. 232), recuando um "*frente ao maior peso e importância,* ***naquele caso***", do outro princípio (Idem ibidem. Grifei). Isto é, seria a análise concreta do fato vertente que penderia pelo viés de um ou de outro princípio.

Mas, como dissemos, nem é necessariamente caso de confronto. Ora, já falamos que agir com eficiência é uma diretriz de obviedade tal que sequer precisaria ser positivada. Parece esdrúxulo conjeturar uma hipótese em que haja confronto entre uma norma (de qualquer grau) e um princípio que determine uma *atuação eficiente*, como antagonismo insanável. O que pode ocorrer é *a pouca atenção para com esse comando da eficiência*. De forma que, à guisa de síntese dialética do estudo, chegamos à seguinte conclusão: o norte da legalidade deve ser a eficiência, sem que haja contradição entre ambas. Ou nas palavras de ARAGÃO (idem. P.32):

> *(...)o Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material- dos resultados práticos alcançados-, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata*.

6. CONCLUSÃO

Modernamente, superada a fase do positivismo mais rigoroso, a tendência na Ciência do Direito é dar aos comandos normativos maior relativização, priorizando mais seu aspecto finalístico- teleológico e menos a ótica formalista. É despiciendo dizer, todavia, que tal "relativização" (entre aspas, pois como dissemos se trata mais apropriadamente de usar uma como critério da outra) da Legalidade em função da Eficiência da atividade

deve ser feita com extrema cautela e prudência- sob pena de ilegalidade na conduta do aplicador da lei. Sendo o Direito, conforme conceitua CLÓVIS BEVILÁQUA, a organização da vida social, e sendo a sociedade dinâmica e sujeita aos influxos dos costumes e tendências mais variados, não pode ele ser um bloco estanque e cristalizado, alheio a uma atuação eficiente em nome de um dogmatismo positivista.

Temos portanto a necessidade de equilibrar dois valores: de um lado a força do Direito positivado (que é a garantia das relações sociais) e, de outro, a sua ductilidade em prol dessas mesmas relações. Não se trata, logo, de negar a força da Lei (aqui, em sentido lato), mas sim de dar à mesma sua devida maleabilidade, de modo que se alcance seu objetivo.

7. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Ensaio de uma visão autopoiética do direito administrativo.* Revista de Direito da Procuradoria Geral, n° 59. Ri o de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios- da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista de Direito da Procuradoria Geral, n° 60. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2006.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres* (*De Officiis*). Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2007.

ENGELS, Friedrich. *Anti-Dühring.* Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1976.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 5.ed. São Paulo: RT, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.